

Terug naar de basis: het Hof van Justitie opnieuw over rechtsmacht en vermogensschade

Universal Music International Holding BV/Michael Tétreault Schilling, Irwin Schwartz, Josef Brož²

Bb 2016/85

1. Inleiding

Het is niet evident hoe moet worden vastgesteld wie de bevoegde rechter is en welk recht die rechter moet toepassen in internationale zaken die 'zuivere vermogensschade' betreffen. Elders hebben wij reeds beschreven hoe het Europees internationaal privaatrecht als gecodificeerd in de Brussel Ibis Verordening³ en Rome II Verordening⁴ niet goed raad weet met schade die zich voordoet in financiële sferen.⁵ Zo lieten wij zien hoe het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) vooralsnog weinig duidelijkheid heeft kunnen scheppen ten aanzien van de manier waarop rechtsmacht dient te worden vastgesteld in geschillen die internationale prospectusaansprakelijkheid betreffen. In 2004 wees het Hof het arrest *Kronhofer/Maier*⁶ waarin reeds de vraag werd behandeld of zuivere vermogensschade als aanknopingsfactor zou moeten gelden, dat wil zeggen: of bevoegdheid kan worden aangenomen daar waar deze schade is gematerialiseerd. Sinds het arrest *Kolassa/Barclays Bank* (2015)⁷ is deze kwestie in een stroomversnelling geraakt en lijkt zij zich toe te spitsen op de vraag of de bankrekening waarin de schade materialiseert een relevante aanknopingsfactor kan zijn. Deze vraag is in beginsel ontkenkend beantwoord in *Universal Music*, het arrest dat op 16 juni 2016 is gewezen en centraal staat in deze bijdrage. In *Universal Music* heeft het Hof prejudiciële vragen beantwoord over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in een geschil tussen de platenmaatschappij Universal Music enerzijds, en ex-partners en een ex-medewerker van een Tsjechisch advocatenkantoor anderzijds. Het Hof heeft zich hoofdzakelijk over de vraag gebogen of een Nederlandse rechter rechtsmacht zou kunnen aannemen op de grond dat Universal Music in Nederland pure vermogensschade zou

hebben geleden. Universal Music had namelijk een zekere betaling verricht vanaf een bankrekening die in Nederland werd aangehouden. Alle overige feiten en omstandigheden van de zaak lijken echter te kunnen worden gesitueerd in Tsjechië.

Deze annotatie zal achtereenvolgens aandacht besteden aan de feiten van de zaak (par. 2), het procesverloop en de prejudiciële vragen die door de Hoge Raad zijn gesteld (par. 3), de Conclusie van A-G Szpunar (par. 4), de uitspraak van het Hof (par. 5) en onze analyse van de uitspraak (par. 6). De annotatie zal worden afgesloten met enkele slotopmerkingen (par. 7).

2. Feiten

In de loop van 1998 is platenmaatschappij Universal Music International Holding BV, dat is gevestigd in Baarn en onderdeel is van de Universal Music Group, gevestigd in de VS⁸ (hierna aangeduid als 'Universal Music') met platenmaatschappij B&M, gevestigd in Tsjechië⁹, en haar aandeelhouders overeengekomen dat Universal Music de aandelen van B&M zou overnemen. De eerste 70% van de aandelen werd direct gekocht, de resterende 30% van de aandelen pas in 2003.¹⁰ In 1998 hebben de partijen een aandelenoptieovereenkomst gesloten voor de resterende 30% van de aandelen.¹¹ Deze aandelenoptieovereenkomst was – in opdracht van Universal Music – opgesteld door het Tsjechische advocatenkantoor Burns Schwartz International.¹² Vijf jaar later, in 2003, blijkt dat Josef Brož, een medewerker van Burns Schwartz International, een door Universal Music voorgestelde tekstwijziging van de aandelenoptieovereenkomst niet geheel had overgenomen. Daardoor is de formule waarmee de prijs van de resterende aandelen moest worden berekend anders in de aandelenoptieovereenkomst vastgelegd dan Universal Music had beoogd.¹³ Met de formule die Universal Music had beoogd, zou de aandelenprijs uitkomen op 10.180.281 Tsjechische Kronen (ongeveer € 313.770). Met de formule die in de aandelenoptieovereenkomst is opgenomen, zou de aandelenprijs vijf keer zo hoog uitkomen,

1 Matthias Haentjens is als hoogleraar en Dorine Verheij als PhD candidate verbonden aan het Hazelhoff Centre for Financial Law, Universiteit Leiden.

2 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*).

3 Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 December 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* 2012, L 351/1).

4 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

5 M. Haentjens en D.J. Verheij, 'Waar zijn de effecten? Lokaliseren van vermogensschade na Kolassa', *AV&S* 2015/5, p. 156-163; en M. Haentjens en D.J. Verheij, 'Finding Nemo: Locating Financial Losses after *Kolassa/Barclays Bank and Profit*', *JIBLR* 2016/6, p. 346-358.

6 HvJ EU 10 juni 2004, C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364 (*Kronhofer/Maier*).

7 HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa/Barclays Bank*).

8 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 5.

9 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 5.

10 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 8.

11 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 9 en 11.

12 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 10.

13 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 12.

namelijk op 1.003.605.620 Tsjechische Kronen (ongeveer € 30.932.520).¹⁴

De aandeelhouders van B&M trachtten Universal Music aan de formule te houden die in de aandelenoptieovereenkomst was opgenomen. Uiteindelijk hebben partijen hun geschil omtrent de aandelenprijs voorgelegd aan een arbitragecommissie in Tsjechië.¹⁵ Begin 2005 hebben zij een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin de aandelenprijs voor de resterende 30% van de aandelen € 2.654.280,03 bedroeg.¹⁶ Universal Music heeft het schikkingsbedrag overgemaakt vanaf een in Nederland aangehouden bankrekening naar een rekening die de aandeelhouders van B&M aanhielden in Tsjechië.¹⁷

Universal Music heeft vervolgens een vordering ingesteld tegen Schilling en Schwartz, de ex-partners van Burns Schwartz International, en tegen Brož voor de schade die Universal Music heeft geleden 'als gevolg van de nalatigheid van Brož bij het opstellen van de tekst van de aandelenoptieovereenkomst', te weten '2.767.861,25 EUR, vermeerderd met rente en kosten'.¹⁸

3. Procesverloop en prejudiciële vragen

Universal Music heeft haar zaak tegen Schilling, Schwartz en Brož aangebracht bij de Rechtbank Utrecht. Volgens Universal Music was de Rechtbank Utrecht bevoegd om van haar vordering kennis te nemen omdat Universal Music initiële vermogensschade zou hebben geleden in Nederland. Deze vermogensschade zou in Nederland zijn geleden omdat Universal Music "het schikkingsbedrag en de kosten in verband met de arbitrage en de schikking ten laste van haar in Nederland (haar land van vestiging) gelokaliseerde vermogen heeft betaald".¹⁹ Schilling en Brož (woonachtig in, respectievelijk, Roemenië en Tsjechië²⁰) beroepen zich op de onbevoegdheid van de Rechtbank Utrecht. In dat kader voeren zij aan dat de schade niet als initiële vermogensschade zou kunnen worden gekwalificeerd.²¹

In 2009 heeft de Rechtbank Utrecht zich op grond van art. 5 lid 3 Brussel I Verordening (thans art. 7 lid 2 Brussel Ibis Verordening) onbevoegd verklaard, omdat er 'onvoldoende aanknopingspunten' zouden zijn geweest om rechtsmacht aan te nemen.²² In 2013 heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de uitspraak van de Rechtbank Utrecht

bekrachtigd.²³ In cassatie heeft de Hoge Raad de zaak geschorst en de volgende prejudiciële vragen gesteld aan het Hof:

- "1) Moet artikel 5, aanhef en onder 3, van verordening (EG) nr. 44/2001 aldus worden uitgelegd dat als 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' kan worden aangemerkt de plaats in een lidstaat waar de schade is ingetreden, wanneer die schade uitsluitend bestaat in vermogensschade die het rechtstreeks gevolg is van een onrechtmatige gedraging die zich heeft voorgedaan in een andere lidstaat?
- 2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:
 - a) Aan de hand van welke maatstaf of welke gezichtspunten dient de nationale rechter, bij de beoordeling van zijn bevoegdheid op de voet van artikel 5, aanhef en onder 3, van verordening (EG) nr. 44/2001, te bepalen of in het voorliggende geval sprake is van vermogensschade die het rechtstreeks gevolg is van een onrechtmatige gedraging ('initiële vermogensschade' of 'rechtstreekse vermogensschade') dan wel van vermogensschade die het gevolg is van elders ingetreden aanvankelijke schade respectievelijk schade die voortvloeit uit elders ingetreden schade ('gevolg-schade' of 'afgeleide vermogensschade')?
 - b) Aan de hand van welke maatstaf of welke gezichtspunten dient de nationale rechter, bij de beoordeling van zijn bevoegdheid op de voet van artikel 5, aanhef en onder 3, van verordening (EG) nr. 44/2001, te bepalen waar in het voorliggende geval de vermogensschade – hetzij rechtstreekse hetzij afgeleide vermogensschade – is ingetreden of wordt geacht te zijn ingetreden?
- 3) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, moet verordening (EG) nr. 44/2001 aldus worden uitgelegd dat de nationale rechter die dient te beoordelen of hem in het voorliggende geval op grond van die verordening bevoegdheid toekomt, ertoe is gehouden om bij zijn beoordeling uit te gaan van de in dit verband relevante stellingen van de eiser respectievelijk de verzoeker, dan wel aldus dat die rechter ertoe is gehouden tevens acht te slaan op hetgeen de verweerder ter betwisting van die stellingen heeft aangevoerd?"²⁴

4. Conclusie A-G

De Conclusie van A-G Szpunar richt zich met name op de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag en kiest daarbij een wat ons betreft opzienbarende benadering.

A-G Szpunar herhaalt allereerst de hoofdregel van art. 5 lid 3 Brussel I (oud) dat een verweerder die woonachtig is op

14 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 13.

15 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 14.

16 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 14.

17 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 14.

18 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 15.

19 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 13.

20 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 14.

21 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 14.

22 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 15.

23 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 16.

24 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 20.

het grondgebied van een lidstaat “ten aanzien van verbin-
tenissen uit onrechtmatige daad in een andere lidstaat kan
worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar
het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan
voordoen”.²⁵ Onder het ‘schadebrengende feit’ moet sinds
het *Franse Kalimijnen*-arrest zowel worden begrepen de
plaats waar de schade is ingetreden (*Erfolgsort*) als de plaats
van de veroorzakende gebeurtenis (*Handlungsort*).²⁶ Het is
aan de de eiser om de procedure aan te brengen, ofwel bij
het bevoegde gerecht van de lidstaat waar het *Erfolgsort*
wordt gelokaliseerd, ofwel bij het bevoegde gerecht van de
lidstaat waar het *Handlungsort* zich bevindt.

A-G Szpunar bepleit dat de regel van *Franse Kalimijnen* niet
‘zonder meer’ onverkort zou moeten gelden in zaken die
zuivere vermogensschade betreffen.²⁷ A-G Szpunar stelt
dat het *Erfolgsort* ‘niet onverdeeld relevant’ is bij ‘schade
die enkel bestaat in een vermindering van financiële tegoe-
den’ omdat het *Erfolgsort* vaak afhankelijk zal zijn van de
plaats waar de financiële tegoden (ten aanzien waarvan de
schade is geleden) zijn gelokaliseerd.²⁸ Aangezien de plaats
waar de financiële tegoden zijn gelokaliseerd vaak overeen
zal komen met de verblijfsplaats of de statutaire zetel van
de eiser – welke op zichzelf vaak berust op toeval en geen
verband houdt met de feiten van het geding – stelt de A-G
voor om voorzichtigheid te betrachten bij de toepassing van
de *Franse Kalimijnen*-regel.²⁹

Deze redenering brengt de A-G ertoe het Hof in overweging
te geven de eerste prejudiciële vraag zo te beantwoorden
dat ‘bij gebreke van andere aanknopingspunten’, als plaats
waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan niet
kan worden aangemerkt “de plaats in een lidstaat waar de
schade is ingetreden wanneer die schade uitsluitend be-
staat in vermogensschade die het gevolg is van een onrecht-
matige gedraging die zich heeft voorgedaan in een andere
lidstaat”.³⁰ A-G Szpunar tekent daarbij aan dat eerdere uit-
spraken van het Hof die in een andere richting wezen le-
gitime uitzonderingen zouden vormen op deze nieuw ge-
formuleerde regel. Zo zou het Hof in *Kolassa/Barclays Bank*³¹
terecht hebben aangeknoopt bij de plaats van de effectenre-
kening (Oostenrijk) als *Erfolgsort*, omdat Barclays Bank, de
verweerder in die zaak, in Oostenrijk “een prospectus [had]
gepubliceerd over de betrokken financiële certificaten” en het
“een Oostenrijkse bank [was] die deze certificaten had
(door)verkocht”.³² Datzelfde gold voor de beslissing van het

Hof in *CDC Hydrogen Peroxide*³³ over “schade bestaande in
meerkosten die zijn betaald wegens een kunstmatig hoge
prijs”³⁴, waarbij het aantal benadeelden zeer groot was en
de exacte plaats waar het kartel tot stand gekomen was niet
kon worden aangewezen, zodat uiteindelijk de statutaire
zetel van een benadeelde werd aangemerkt als de plaats
waar de schade was ingetreden.³⁵

Nu de A-G aldus tot een ontkennende beantwoording komt
van de eerste prejudiciële vraag, behoefde de tweede preju-
diciële vraag geen beantwoording.

Met betrekking tot de derde vraag – of de nationale rechter
ertoe is gehouden om acht te slaan op hetgeen de verweer-
der ter betwisting van de door eiser gestelde bevoegdheid
heeft aangevoerd – merkt de A-G op dat de regels van pro-
cesrecht worden bepaald door het *lex fori* (het recht van het
forum waarbij de zaak is aangebracht), “mits de toepassing
van die regels geen afbreuk doet aan het nuttige effect” van
de Brussel Ibis Verordening.³⁶ In *Kolassa/Barclays Bank* heeft
het Hof reeds uitgemaakt dat het aangezochte forum alle in-
formatie die hem ter beschikking staat, mag gebruiken om
zijn internationale jurisdictie vast te stellen – inclusief be-
twistingen van de verweerder.³⁷ In lijn met *Kolassa/Barclays
Bank* geeft A-G Szpunar het Hof dan ook in overweging
te antwoorden dat de rechter “alle hem ter beschikking
staande gegevens in aanmerking moet nemen, met in-
begrip van eventueel door de verwerende partij aange-
voerde gegevens”.³⁸

5. Uitspraak Hof

Het arrest van het Hof sluit in grote lijnen aan op de Con-
clusie A-G. Het Hof gaat echter minder ver dan de A-G, in
die zin dat het Hof geen afscheid neemt van het onderscheid
Handlungsort - *Erfolgsort* in zaken die zuivere vermogens-
schade betreffen. Wel komt het Hof in de kern tot hetzelfde
antwoord op de eerste prejudiciële vraag, nu het overweegt
en beslist dat “wanneer d[i]e schade uitsluitend bestaat in
een financieel verlies dat rechtstreeks intreedt op de bank-
rekening van de verzoeker en het rechtstreekse gevolg is
van een onrechtmatige gedraging die zich heeft voorgedaan
in een andere lidstaat”, de plaats van die bankrekening niet
kan geleden als “plaats waar het schadebrengende feit zich
heeft voorgedaan” in de zin van art. 5 punt 3 Brussel I Veror-
dening (oud).³⁹ Met andere woorden: de plaats van de bank-
rekening kan niet gelden als *Erfolgsort*, ook al is de schade
die ‘in’ die rekening materialiseert het rechtstreekse gevolg

25 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 29.

26 HvJ EG 30 november 1976, C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166 (*Handelskwekerij G.J. Bier BV/Mines de potasse d'Alsace SA*), punt 24.

27 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 36-37 en 39.

28 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 38.

29 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 38-39.

30 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 49.

31 HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa/Barclays Bank*).

32 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 44-45.

33 HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC Hydrogen Peroxide*).

34 HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC Hydrogen Peroxide*), punt 52.

35 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 46-47.

36 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 55.

37 HvJ EU 28 januari 2015, C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa/Barclays Bank*), punt 65.

38 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 58.

39 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 40.

van een onrechtmatige gedraging die zich heeft voorgedaan in een andere lidstaat.

In zijn beantwoording van de prejudiciële vragen stelt het Hof de *Franse Kalimijnen*-regel voorop.⁴⁰ In tegenstelling tot de A-G laat het Hof dus ongemoeid de keuzevrijheid die een eiser toekomt om ook in zaken die zuivere vermogensschade betreffen de procedure aan te brengen, ofwel bij het bevoegde gerecht van de lidstaat waar het *Erfolgsort* wordt gelokaliseerd, ofwel bij het bevoegde gerecht van de lidstaat waar het *Handlungsort* zich bevindt. Het Hof benadrukt dat deze bevoegdheidsregel een uitzondering vormt op de hoofdregel van art. 2 lid 1 Brussel I (oud), dat kort gezegd bepaalt dat in beginsel bevoegdheid toekomt aan de rechter van de plaats waar de gedaagde is gevestigd (het zogeheten *forum rei*-beginsel).⁴¹ Uitzonderingen zoals art. 5 punt 3 Brussel I Verordening (oud) moeten dan ook autonoom en strikt worden uitgelegd, en mogen niet verdergaan 'dan de door deze verordening uitdrukkelijk voorziene gevallen', aldus het Hof.⁴²

Deze regels toepassend stelt het Hof eerst vast dat tussen partijen *in confesso* is dat de schadeveroorzakende gebeurtenis, dat wil zeggen het *Handlungsort*, in Tsjechië moet worden gelokaliseerd.⁴³ Ook het *Erfolgsort* moet volgens het Hof daar worden gesitueerd, omdat de vaststellingsovereenkomst op grond waarvan Universal Music € 2.654.280,03 voor de aandelen B&M moest betalen is 'gesloten voor de arbitragecommissie in Tsjechië'.⁴⁴ Volgens het Hof drukte sindsdien "de betalingsverplichting onherroepelijk op het vermogen van Universal Music".⁴⁵

De 'enkele omstandigheid' dat het schikkingsbedrag is overgemaakt vanaf een bankrekening die werd aangehouden in Nederland doet aan de zojuist weergegeven overweging niets af, aldus het Hof.⁴⁶ Het Hof benadrukt bovendien dat de plaats van de bankrekening 'niet noodzakelijkerwijs een betrouwbaar aanknopingspunt vormt', omdat niet kan worden uitgesloten dat vennootschappen als Universal Music de keuze hebben om vanaf meerdere bankrekeningen te betalen.⁴⁷

Het Hof beslist dus dat "[z]uiver financiële schade die rechtstreeks intreedt op de bankrekening van de verzoeker (...) zonder bijkomende omstandigheden, niet [kan] worden aangemerkt als een relevant aanknopingspunt" in de zin van art. 5 punt 3 Brussel I (oud). Het Hof sluit (ook) aan bij A-G Szpunar waar het overweegt dat op deze nieuwe regel een legitieme uitzondering is gemaakt in *Kolassa/Barclays*

Bank. In die zaak was namelijk nog overwogen dat "de gerechten van de woonplaats van de verzoeker (...) bevoegd zijn wanneer die schade zich rechtstreeks voordoet op de bankrekening van die verzoeker bij een in het rechtsgebied van die gerechten gevestigde bank".⁴⁸ In *Universal Music* beperkt het Hof de reikwijdte van deze regel door te overwegen dat "deze vaststelling evenwel [werd] gedaan in het bijzondere kader van de zaak die aanleiding had gegeven tot dat arrest, die werd gekenmerkt door omstandigheden die er tezamen toe strekten deze gerechten bevoegdheid toe te kennen".⁴⁹ Wat dit 'bijzondere kader' en de kennelijk relevante 'omstandigheden' waren, expliciteert het Hof niet nader.

Met deze ontkennende beantwoording van de eerste prejudiciële vraag komt het Hof niet toe aan de tweede vraag. Met betrekking tot de derde vraag (of de nationale rechter ertoe is gehouden om acht te slaan op hetgeen de verweerder ter betwisting van de door eiser betoogde bevoegdheid heeft aangevoerd) heeft het Hof in lijn met de Conclusie A-G en met *Kolassa/Barclays Bank* beslist dat de rechter "alle hem ter beschikking staande gegevens in aanmerking moet nemen, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verweerder".⁵⁰

6. Analyse

Vooropgesteld kan worden dat wij ons kunnen vinden in de uitkomst van *Universal Music*. Voor zover de uitkomst van dit arrest kan worden gegeneraliseerd, beperkt het namelijk de reikwijdte van *Kolassa/Barclays Bank*, een arrest waarover wij ons eerder kritisch hebben uitgelaten.⁵¹ Het is prijzenswaardig dat minder gewicht wordt toegekend aan de plaats waar een bankrekening wordt gehouden, zoals in *Kolassa/Barclays Bank* is gedaan, omdat rekeningen naar hun aard geen fysieke locatie hebben en daarmee geen voorspelbaar aanknopingspunt vormen.⁵² Bovendien denken wij dat de uitkomst goed aansluit bij (de ratio van) de hoofdregel voor speciale bevoegdheid in de Brussel I (oud) en de Brussel I-bis Verordening.⁵³ Helaas heeft het Hof met dit arrest echter ook nieuwe vragen oproepen, althans verzuimd een aantal bestaande vragen te beantwoorden.

Ons belangrijkste bezwaar tegen *Universal Music* is dat deze uitspraak nog steeds enige onduidelijkheid laat bestaan over de wijze waarop het *Erfolgsort* moet worden vastgesteld in zaken die zuivere vermogensschade betreffen. Voor zaken die zuivere vermogensschade betreffen, zou kunnen worden betoogd dat het onderscheid *Erfolgsort* - *Handlungsort*

40 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 22 en 28.

41 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 25.

42 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 25.

43 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 29.

44 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 14 en 32.

45 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 31.

46 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 32.

47 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 38.

48 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 36.

49 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 37.

50 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 46.

51 M. Haentjens en D.J. Verheij, 'Waar zijn de effecten? Lokaliseren van vermogensschade na Kolassa', *AV&S* 2015/5, p. 156-163; en M. Haentjens & D.J. Verheij, 'Finding Nemo: Locating Financial Losses after Kolassa/Barclays Bank and Profit', *JIBLR* 2016/6, p. 346-358.

52 Zie uitgebreid Haentjens & Verheij 2016, p. 353.

53 Zie in positieve zin over *Universal Music* ook D. Surtani & N. Chapman, 'Where in the world?', *New Law Journal* 2016, p. 15.

weinig passend is.⁵⁴ De Conclusie A-G zat op deze lijn, maar het Hof heeft dit standpunt niet overgenomen. Het Hof laat het onderscheid *Erfolgsort* - *Handlungsort* in stand, maar lokaliseert het *Erfolgsort* op een andere plaats dan de plaats van de bankrekening waarop de schade is ingetreden.⁵⁵ In de woorden van het Hof: bij gebreke van andere aanknopingspunten moet niet worden aangeknoopt bij de plaats van een bankrekening waarop een financieel verlies rechtstreeks is ingetreden als het financieel verlies een rechtstreeks gevolg is van een onrechtmatige gedraging die zich heeft voorgedaan in een andere lidstaat.⁵⁶

Zoals hierboven reeds geconstateerd, wijkt de nieuwe regel als geformuleerd in *Universal Music* af van het eerdere arrest *Kolassa/Barclays Bank*. Dat arrest werd begin 2015 gewezen en was naar ons idee in lijn met het eerder gewezen arrest *Kronhofer/Maier*.⁵⁷ In *Kolassa/Barclays Bank* werd nog aangeknoopt bij de plaats van de effectenrekening van de eiser.⁵⁸ Als gezegd is het Hof in *Universal Music* echter tot de overtuiging gekomen dat “deze vaststelling evenwel [werd] gedaan in het bijzondere kader van de zaak die aanleiding had gegeven tot dat arrest, die werd gekenmerkt door omstandigheden die er tezamen toe strekten deze gerechten bevoegdheid toe te kennen”.⁵⁹ Het Hof laat in het midden wat dit ‘bijzondere kader’ en de kennelijk relevante ‘omstandigheden’ waren. Dat is niet onbelangrijk, omdat deze omstandigheden ertoe kunnen leiden dat gerechten van de lidstaat waar de bankrekening (en meer in het bijzonder de effectenrekening) van de eiser zich bevindt toch bevoegd zijn.

De cruciale vraag is dus wat de uitzonderingspositie van *Kolassa/Barclays Bank* verklaart en onder welke omstandigheden het *Erfolgsort* wel kan worden gesitueerd op de plaats waar de bankrekening (dat wil zeggen: de effectenrekening) wordt aangehouden. Als gezegd geeft het Hof geen expliciet antwoord op deze vraag, maar uit *Universal Music* kan een aantal omstandigheden worden afgeleid die het Hof kennelijk rechtens relevant acht. Zo verwijst het Hof instemmend naar de Conclusie A-G, waar deze wijst op de volgende omstandigheden die in *Kolassa/Barclays Bank* een rol speelden: (1) de verweerder had het prospectus dat de basis van de ingestelde vordering vormde, gepubliceerd in de lidstaat waar de eiser was gevestigd (en zijn effectenrekening kon worden

gelokaliseerd); en (2) de financiële instrumenten die de beweerdte schade van de eiser veroorzaakten waren (door)verkochte door een bank die in dezelfde lidstaat was gevestigd.⁶⁰ Het Hof legt deze omstandigheden echter niet met zoveel woorden ten grondslag aan zijn beslissing. Onduidelijk blijft bovendien of ook andere aanknopingsfactoren met het land waar de bankrekening (d.w.z. de effectenrekening) wordt aangehouden ertoe kunnen leiden dat het *Erfolgsort* op de plaats van de bankrekening (d.w.z. de effectenrekening) kan worden gesitueerd.

In dit verband zou tevens van belang kunnen zijn dat “een vennootschap als *Universal Music* de keuze had tussen meerdere bankrekeningen ten laste waarvan zij het schikkingsbedrag had kunnen voldoen”. Het Hof lijkt veel belang te hechten aan deze omstandigheid.⁶¹ Waar *Universal Music* waarschijnlijk heeft kunnen kiezen ten laste van welke rekening (en daarmee in welk land) zij haar schade zou brengen, kwam *Kolassa* die vrijheid niet toe. *Kolassa* leed zijn schade immers ‘in’ zijn effectenrekening, en het lijkt onwaarschijnlijk dat hij deze rekening (en daarmee de plaats ervan) heeft geselecteerd met het oog op in de toekomst te lijden verliezen. Wellicht is het feit dat *Kolassa* deze keuzevrijheid niet had één van de omstandigheden geweest die maakte dat in *Kolassa* wel, maar in *Universal Music* niet de bankrekening als *Erfolgsort* werd aangemerkt en dus het daar gevestigde gerecht bevoegd was.⁶²

Ook zou van belang kunnen zijn – maar dit wordt in geen van beide arresten geëxpliciteerd – dat *Kolassa/Barclays Bank* een geschil betrof tussen een consument (*Kolassa*) en een professionele partij, terwijl *Universal Music* een geschil betrof tussen twee professionele partijen.⁶³ Wellicht heeft het Hof *Kolassa* als consument bescherming willen bieden en heeft het (mede) op die grond beslist dat het gerecht van de plaats waar *Kolassa* was gevestigd rechtsmacht had. Aldus zou de kwalificatie van *Kolassa* als consument een van de omstandigheden zijn geweest die maakten dat in *Kolassa* wel, maar in *Universal Music* niet de bankrekening als *Erfolgsort* werd aangemerkt. Aangezien consumentenbescherming geen doelstelling van art. 5 punt 3 Brussel I (oud) is,⁶⁴ moet op dit punt echter de nodige voorzichtigheid worden betracht.

Een omstandigheid die in ieder geval niet lijkt te maken dat het *Erfolgsort* moet worden gesitueerd op de plaats waar de bankrekening wordt aangehouden, is dat de eiser daar is gevestigd: *Universal Music* hield immers niet alleen een bankrekening in Nederland aan, maar was ook gevestigd in

54 Haentjens en Verheij 2016, p. 358.

55 Zie ook L.M. van Bochove, ‘Purely economic loss in conflict of laws: the case of tortious interference with contract’, *NIPR* 2016/3, p. 458-459.

56 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 40.

57 Zie ook Haentjens en Verheij 2016, p. 352.

58 De meningen zijn verdeeld over de vraag of het Hof in *Kolassa/Barclays Bank* heeft bedoeld te refereren aan de geldrekening of de effectenrekening van *Kolassa*. Zie voor de opvatting dat met de term ‘bankrekening’ een effectenrekening is bedoeld: Haentjens en Verheij 2016, p. 352-353 en T.M.C. Arons, ‘On Financial Losses, Prospectuses, Liability, Jurisdiction (Clauses) and Applicable Law. European Court of Justice 28 January 2015, Case C-375/13 (*Kolassa/Barclays Bank*)’, *NIPR* 2015/3, p. 379. Zie voor de opvatting dat met de term ‘bankrekening’ een geldrekening is bedoeld: M. Lehmann, ‘Prospectus Liability and Private International Law – Assessing the Landscape after the CJEU *Kolassa* Ruling (Case C-375/13)’, *Journal of Private International Law* 2016-2, p. 329-330.

59 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 37.

60 Conclusie A-G 10 maart 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:161 (*Universal Music*), punt 44-45. Voor een kritische noot bij de selectie van deze omstandigheden door de A-G de annotatie van M.F. Müller bij *Universal Music*, *NJW* 2016, p. 2170.

61 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 38. Zie tevens de annotatie van M.F. Müller bij *Universal Music*, *NJW* 2016, p. 2170.

62 In dit verband zij opgemerkt dat ook het gerecht van de plaats waar de effectenrekening wordt aangehouden evenmin noodzakelijkerwijs een nauwe band met de ingestelde vordering heeft. Zie uitgebreid Haentjens en Verheij 2016, p. 353-354.

63 Deze omstandigheid wordt tevens opgemerkt in Van Bochove 2016, p. 459.

64 HvJ EU 25 oktober 2012, C-133/11, ECLI:EU:C:2012:226 (*Folien Fischer AG*), punt 45-46.

Baarn.⁶⁵ Dit aanknopingspunt met Nederland lijkt het Hof dus onvoldoende te vinden, hetgeen vermoedelijk als reden heeft dat het Hof in beginsel niet wil afwijken van de hoofdregel dat het gerecht van de gedaagde (*forum rei*), en niet het gerecht waar de eiser is gevestigd (*forum actoris*) rechtsmacht heeft.

Voorts wordt niet geheel duidelijk hoe de schade die is geleden in de relevante bankrekening moet worden gekwalificeerd. Enerzijds overweegt het Hof in *Universal Music* dat Nederland niet heeft te gelden als het *Erfolgsort* in de zin van 'plaats waar de schade is ingetreden', dat wil zeggen 'waar de schade zich heeft voorgedaan' in de zin van art. 5 punt 3 Brussel I (oud).⁶⁶ In dat kader refereert het Hof aan een tweetal arresten waarin sprake was van indirecte schade en werd geconcludeerd dat de plaats van de indirecte schade niet relevant is voor het *Erfolgsort*. Ten eerste wijst het Hof op *Marinari*,⁶⁷ waarin het Hof overwoog dat "het begrip 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' niet zo ruim kan worden uitgelegd dat het iedere plaats omvat waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt".⁶⁸ Vervolgens brengt het Hof het al eerder genoemde arrest *Kronhofer/Maier*⁶⁹ in herinnering, waarin was overwogen dat ook niet als 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' heeft te gelden "de plaats (...) waar de verzoeker woont, waar zich het centrum van zijn vermogen bevindt, op de enkele grond dat hij aldaar financiële schade heeft geleden die voortvloeit uit een in een andere lidstaat ingetreden en door hem geleden verlies van onderdelen van zijn vermogen."⁷⁰ Dit alles lijkt erop te duiden dat het Hof de schade die Universal Music heeft geleden in haar bankrekening als 'indirecte schade' beschouwt en om die reden de plaats van de bankrekening niet als *Erfolgsort* wenst aan te merken.⁷¹

Anderzijds bevestigt het Hof in *Universal Music* juist met zoveel woorden dat de schade zich rechtstreeks heeft voorgedaan in de bankrekening van Universal Music.⁷² A contrario zou deze vaststelling wijzen op een kwalificatie van de bankrekening als *Erfolgsort*, aangezien in *Marinari* de schade waarop een beroep werd gedaan als indirect werd gekwalificeerd.⁷³ Het Hof heeft in *Universal Music* echter anders beslist. Deze ambiguïteit draagt naar ons idee niet bij aan duidelijkheid ten aanzien van de vraag hoe het *Erfolgsort*

moet worden vastgesteld in zaken die zuivere vermogensschade betreffen.

Ten slotte hebben wij enige moeite met de wijze waarop het Hof motiveert dat het *Erfolgsort* in *Universal Music* moet worden gelokaliseerd in Tsjechië.⁷⁴ Het Hof overweegt namelijk dat de schade van Universal Music "zeker is geworden bij de vaststellingsovereenkomst die partijen hebben gesloten voor de arbitragecommissie in Tsjechië".⁷⁵ Niet geheel duidelijk is echter of de plaats waar de vaststellingsovereenkomst gesloten van belang is, of dat van doorslaggevend belang is dat de arbitragecommissie in Tsjechië was gevestigd. Deze twee plaatsen vallen niet noodzakelijkerwijs samen. Als we uitgaan van aanknopingspunt bij de plaats waar de vaststellingsovereenkomst is gesloten, kunnen daartegen dezelfde argumenten worden aangevoerd als tegen aanknopingspunt bij de plaats waar de bankrekening wordt aangehouden. Zo kan de plaats waar een vaststellingsovereenkomst is gesloten immers eveneens worden beïnvloed door partijen of berusten op toeval,⁷⁶ zodat de ingestelde vordering ook dan niet noodzakelijkerwijs verband houdt met het gerecht van de plaats waarbij wordt aangeknoopt.⁷⁷ Daarnaast kan worden betwijfeld of de plaats waar een (vaststellings)overeenkomst is gesloten een werkbare aanknopingsfactor is, nu partijen in het huidige rechtsverkeer zich niet zelden op verschillende plaatsen bevinden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.⁷⁸ Het lijkt daarom meer voor de hand te liggen dat het Hof heeft bedoeld aan te knopen bij de plaats van de arbitragecommissie. Hoe dan ook lijken deze twee mogelijke aanknopingsfactoren typisch voor deze zaak, en weinig bruikbaar voor andere geschillen.

7. Slotopmerkingen

Het Hof lijkt met *Universal Music* een nieuwe regel te hebben willen introduceren: rechtsmacht kan, bij gebrek aan andere aanknopingspunten, niet worden gebaseerd op de plaats waar de bankrekening wordt aangehouden waarin de eiser zijn (beweerdelijke) schade heeft geleden. Deze regel zal waarschijnlijk niet alleen van belang zijn voor de bepaling van de bevoegde rechter, maar ook voor de vaststelling van het toepasselijk recht op grond van de Rome II Verordening.⁷⁹ Algemeen wordt immers aangenomen dat de jurisprudentie van het Hof ten aanzien van art. 7 lid 2 Brussel Ibis ook leidend is voor de uitleg van art. 4 lid 1 Rome II,

65 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 15.

66 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 32.

67 HvJ EG 9 september 1995, C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289 (*Marinari*).

68 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 34 en HvJ EG 9 september 1995, C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289 (*Marinari*), punt 14.

69 HvJ EU 10 juni 2004, C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364 (*Kronhofer/Maier*).

70 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 36.

71 Zie voor deze benadering de annotatie van T.M.C. Arons bij *Universal Music*, JOR 2016/276, punt 7.

72 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 40 en dictum 1.

73 HvJ EG 9 september 1995, C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289 (*Marinari*), punt 15 en 21.

74 Zie HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 32.

75 HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 31.

76 Zie voor ditzelfde punt van kritiek de annotatie van I. Bach bij *Universal Music*, NZG 2016/792, punt 3. Zie tevens kritisch over de aanknopingspunt bij de plaats waar de overeenkomst was gesloten de annotatie van P. Mankowski bij *Universal Music*, EuZW 2016, p. 585.

77 Zoals genoemd door het Hof met betrekking tot de plaats van de bankrekening, HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 31.

78 Zie hierover ook kritisch de annotatie van I. Bach bij *Universal Music*, NZG 2016/792, punt 3 en de annotatie van M.F. Müller bij *Universal Music*, NJW 2016, p. 2170.

79 Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

hoewel uit *Kainz/Pantherwerke AG* lijkt te kunnen worden opgemaakt dat enige mate van voorzichtigheid moet worden betracht.⁸⁰

Het bepalen van het *Erfolgssort* in het kader van de bevoegdheidsvraag bij vorderingen uit onrechtmatige daad is belangrijk, maar neemt bij het bepalen van het toepasselijk recht op vorderingen uit onrechtmatige daad een nog crucialere plaats in. Art. 4 lid 1 Rome II bepaalt immers dat het recht dat van toepassing is op een onrechtmatige daad het recht is “van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen”. In het licht van de samenhang tussen de Brussel Ibis Verordening en de Rome II Verordening valt dan ook te begrijpen dat het Hof in *Universal Music* heeft vastgehouden aan het onderscheid *Erfolgssort* – *Handlungssort*. Bij het vaststellen van het toepasselijk recht zal daarom bij gebrek aan andere aanknopingspunten waarschijnlijk niet moeten worden aangeknoopt bij de plaats waar de bankrekening waarin de schade wordt geleden wordt aangehouden.

Overigens moet het potentiële effect van *Universal Music* op de bepaling van het toepasselijk recht niet worden overschat. Art. 4 lid 3 Rome II bepaalt immers dat “[i]ndien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de onrechtmatige daad een kennelijk nauwere band heeft met een ander dan het in de leden 1 en 2 bedoelde land” het recht van dat andere land van toepassing is. In een zaak als *Universal Music*, waar de meeste omstandigheden in Tsjechië kunnen worden gelokaliseerd, zal op grond van art. 4 lid 3 Rome II dan ook naar alle waarschijnlijkheid Tsjechisch recht van toepassing zijn, ongeacht waar de schade zich precies heeft voorgedaan.

In dit verband kan tevens worden betoogd dat de uitkomst van *Universal Music* spoort met de achterliggende gedachte van art. 5 punt 3 Brussel I (oud)/art. 7 lid 2 Brussel 1bis, die hierop neerkomt dat als een nauwe band bestaat tussen de vordering uit onrechtmatige daad en een gerecht, dat gerecht bevoegd zou moeten zijn – naast het gerecht van de plaats waar de gedaagde is gevestigd. De locatie van een bankrekening heeft zeker niet altijd een nauwe band met de vordering van de eiser, zodat *Universal Music* met de grondgedachte van art. 5 punt 3 Brussel I (oud)/art. 7 lid 2 Brussel 1bis in overeenstemming is.

Concluderend kan worden gesteld dat *Universal Music* een bevredigend resultaat heeft opgeleverd in de omstandigheden van dit specifieke geval. Belangrijke vragen resteren echter nog ten aanzien van de vaststelling van het *Erfolgssort* in zaken die zuivere vermogensschade betreffen. Zo is niet met zekerheid te zeggen of de regel uit *Universal Music* ook van toepassing is op effectenrekeningen. Kan de plaats waar een effectenrekening wordt gehouden als *Erfolgssort* worden gekwalificeerd, ook als geen andere aanknopingspunten naar dezelfde plaats wijzen? Het Hof lijkt met *Universal Music* de reikwijdte van *Kolassa v Barclays Bank* in

vergaande mate te hebben willen beperken. Wij vermoeden daarom dat, bij gebrek aan andere aanknopingspunten, de plaats waar een effectenrekening wordt aangehouden niet als *Erfolgssort* kan worden gekwalificeerd, maar deze conclusie kan niet met volledige zekerheid worden getrokken. Bovendien kan meer in het algemeen de vraag worden gesteld hoe het *Erfolgssort* moet worden vastgesteld als een geld- of effectenrekening niet als *Erfolgssort* heeft te gelden. Uit de recente arresten *Kronhofer*, *Kolassa* en *Universal Music* kan weliswaar worden afgeleid hoe verschillende aanknopingspunten relevant kunnen zijn, maar niet met volledige zekerheid valt te voorspellen welke daarvan de doorslag zal geven in een concreet geval. Hoe dan ook moet als leidende gedachte steeds worden aangehouden: een vordering uit onrechtmatige daad moet worden beoordeeld door het gerecht dat daarmee een nauwe band heeft.

80 HvJ EU 16 januari 2014, C-45/13, ECLI:EU:C:2014:7 (*Kainz/Pantherwerke AG*), punt 20.